

Quaderno di storia del penale e della giustizia, n. 2 (2020), pp. 53-78
ISSN (print) 2612-7792 / ISSN (online) 2704-7148 / ISBN 978-88-6056-663-8 / © eum 2020

Massimo Vogliotti

«Una lacrima nell'occhio della legge».
Sul dubbio del giurista tra diritto e letteratura

1. *Un uomo a una dimensione*

Tra i molti sentieri che si possono imboccare per avvicinarci al tema del seminario di quest'anno, vi propongo di percorrere quello tracciato dalla penna di Victor Hugo nel libro quarto della parte quinta del suo capolavoro *I miserabili*. In quelle pagine – significativamente intitolate «Javert déraillé» – viene messa in scena la tragedia di un uomo di legge – l'ispettore di polizia Javert – che, dopo aver vissuto una vita intera dentro il sicuro recinto delle sue certezze, fa, improvvisamente, l'esperienza lacerante del dubbio.

Prima di allora, prima di scoprire che «la regola poteva arenarsi davanti a un fatto, che non tutto rientrava nel testo di un codice»¹, Javert era un uomo tutto d'un pezzo, senza incrinature, esitazioni, eccezioni: era «la statua del castigo fusa in un sol pezzo nello stampo della legge»². «Umile e altero come i fanatici», il suo viso era «impenetrabile e semplice come il granito»³. Questo essere monolitico, questo «fochista dell'ordine» e «meccanico dell'autorità, montato sul cieco cavallo di ferro su una rigida via»⁴ incarna esemplarmente, come osserva Francesco Palazzo, «il volto peggiore del formalismo giuridico, della inflessibile adesione al dettato legislativo in cui si esaurisce l'intera dimensione giuridica; egli è il campione della subordinazione devota e quasi fanatica al principio di autorità»⁵.

Questo suo legalismo radicale, che fa della legge positiva l'unico metro, indiscutibile e inflessibile, con cui misurare e valutare l'agire dell'uomo si sposa

¹ V. Hugo, *I miserabili* (1862), tr. it. di M. Picchi, Torino, Einaudi, 2014, V, IV, p. 1228.

² Ivi, p. 1230.

³ Ivi, I, V, V, p. 164 e I, VI, II, p. 195.

⁴ Ivi, V, IV, p. 1230.

⁵ F. Palazzo, *Victor Hugo, I miserabili, la giustizia penale*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, t. 1, 2015, p. 203.

perfettamente con una concezione del reato come «pura inosservanza»⁶; ciò che giustifica la pena non è tanto la commissione di un fatto in cui l'autorità riconosce un disvalore che sta prima e indipendentemente della legge, ma la disobbedienza all'ordine dell'autorità. Agli occhi di Javert, tutti i reati si equivalgono: «il furto, l'assassinio, tutti i delitti, erano soltanto forme di ribellione»⁷ e per questo, indipendentemente dai loro specifici disvalori, vanno puniti.

Osservata dalla prospettiva astratta della legge – l'unica prospettiva legittima per Javert – la realtà viene privata dei suoi chiaroscuri, delle sue ambiguità, delle sue imperfezioni, delle sue contraddizioni, in una parola, della sua complessità e, quindi, della sua umanità. Con il suo legalismo semplificante e «disumanizzato»⁸, il «geometrico» ispettore di polizia «aveva introdotto la linea retta in quello che vi è al mondo di più tortuoso»⁹. L'incandescenza dei fatti e il ribollire dell'esistenza, le sue mille sfumature, le passioni, le miserie, i vizi e le virtù della vita vengono filtrati dalla generalità e dall'astrattezza della legge, le cui forme generano una realtà «metafisica», depurata, limpida, geometrica e perciò prevedibile, calcolabile, classificabile. Una realtà più vera e più giusta di quella deforme – e quindi sempre sfuggente – dei fatti empirici e delle tante opacità e bassure della vita quotidiana: «Per Javert gli incidenti abituali della pubblica via erano classificati per categorie, ciò che rappresenta il principio della previdenza e della vigilanza, e ogni eventualità aveva il suo scompartimento; sicché i fatti possibili erano come i tanti cassetti da cui uscivano, secondo le occasioni, in quantità variabili; c'erano, nella via, il tumulto, la sommossa, il carnevale, il funerale»¹⁰. Non le cose concrete, ma le loro essenze, le loro forme; non fatti grezzi, ma raffinate fattispecie.

In questo riduzionismo semplificante, in questa volontà di costringere e comprimere nella compatta armonia della forma il fluire proteiforme della vita con tutte le sue dolorose e imprevedibili dissonanze, ma anche con le sue piccole e grandi ricchezze, non traspare solo l'esigenza gnoseologica di costruire, con le forme del diritto positivo, un'altra realtà, più coerente, più calcolabile e quindi più certa e sicura, ma anche un'istanza di carattere morale.

Questo aspetto del legalismo radicale di Javert si rivela chiaramente nell'episodio in cui confessa a Jean Valjean (quando ancora indossava le vesti di monsieur Madeleine, il rispettato e virtuoso sindaco di Montreuil-sur-mer) di averlo denunciato come galeotto «senza prove, in un accesso d'ira, con lo scopo di vendicar[si]». E per questo atto «grave», anzi «gravissimo» («ho of-

⁶ Ivi, p. 204.

⁷ Hugo, *I miserabili*, cit., I, V, V, p. 164.

⁸ Palazzo, *Victor Hugo*, cit., p. 206.

⁹ Hugo, *I miserabili*, cit., V, IV, p. 1230 e I, V, V, p. 164.

¹⁰ Ivi, V, III, X, p. 1216.

feso l'autorità nella vostra persona, io, agente dell'autorità!»), chiede di essere destituito¹¹.

Viene qui alla luce, innanzitutto, la statura morale del personaggio, la «grandezza strana» di quello «strano onest'uomo»¹². Per quanto «poco illuminata» – e quindi semplice e semplificante – la coscienza di Javert è «rigida e casta»¹³. La sua fedeltà alla legge e all'autorità non è opportunistica, ma sincera. La sua «coscienza retta, limpida, sincera, proba, austera, e feroce» lo costringe a invocare per sé la stessa giusta severità che, in passato, egli aveva riservato agli altri: «Se non fossi severo con me stesso – osserva – tutto quello che ho fatto di giusto diventerebbe ingiusto»¹⁴. Javert è dunque un uomo onesto, ma – precisa Hugo – di un'«onestà spietata»¹⁵; spietata perché la sua virtù, tutta forgiata al maglio della legge, non contempla quei temperamenti necessari a conciliare la rigidità ferrea della legge con le molteplici sfaccettature e fragilità delle vicende umane, le quali esigono una ridefinizione del giusto legale perché quest'ultimo non si rovesci nel suo opposto¹⁶. Questo eccesso di virtù, che si traduce in una virtù zoppicante, questa sua visione unilaterale e massimalistica delle cose lo rendono il personaggio più tragico del romanzo. In lui, ci dice Hugo, sentimenti che in sé sono «relativamente ottimi», come «il rispetto dell'autorità, l'odio della ribellione», vengono resi «quasi cattivi a forza di esagerarli»¹⁷.

La sua fede totale nella legalità a tutti i costi non può tollerare nessuna incrinatura, nessun cedimento a logiche e principi di diversa origine e natura. È dunque categorico il suo rifiuto di essere trattato «con bontà»: «la vostra bontà», dice rivolgendosi al sindaco di Montreuil-sur-mer, «mi ha fatto venire abbastanza cattivo sangue quand'era diretta agli altri»¹⁸, come nell'episodio in cui monsieur Madeleine si era schierato con fermezza dalla parte di Fanti-

¹¹ Ivi, I, VI, II, p. 200.

¹² Ivi, p. 201.

¹³ Ivi, p. 200.

¹⁴ Ivi, pp. 195 e 201.

¹⁵ Ivi, I, V, V, p. 165.

¹⁶ Un esempio per tutti, quello in cui Javert – in seguito al processo in cui Jean Valjean, dopo un doloroso rovello, aveva rivelato alla corte la sua vera identità – piomba nella stanza in cui era ricoverata Fantine per arrestare l'ex sindaco, rifiutandosi di concedere alla sua preda qualche giorno per andare a recuperare, sotto la vigilanza del poliziotto, la figlia di Fantine. Per lo choc provocato dalla scena, mirabilmente descritta da Hugo, Fantine muore. Il «fulmine» della legge scagliato da Javert, con «il viso di un demonio che ha ritrovato il suo dannato» (I, VIII, III, p. 274), l'ha «ammazzata», come dice Jean Valjean al suo carnefice, che così è ritratto, in quel frangente, da Hugo: «Impersonava la giustizia, la luce e la verità nella loro celeste funzione di annientamento del male. C'erano dietro e intorno a lui, ad una profondità infinita, l'autorità, la ragione, la cosa giudicata, la coscienza legale, la vendetta pubblica, tutte le stelle; lui proteggeva l'ordine, faceva uscire dalla legge il fulmine, vendicava la società, dava manforte all'assoluto. [...] niente era straziante e terribile come quel viso in cui appariva ciò che si potrebbe chiamare tutta la cattiveria della bontà» (p. 275).

¹⁷ Ivi, I, V, V, p. 164.

¹⁸ Ivi, I, VI, II, p. 201.

ne, che aveva aggredito lo sfaccendato borghese Bamatabois reagendo a un suo gesto di scherno. Per Javert, «la bontà che consiste nel dar ragione alla prostituta contro il borghese, all'agente di polizia contro il sindaco, a quello che è in basso contro quello che è in alto [...] è una bontà cattiva»¹⁹. Con questa bontà, «la società si disorganizza». E conclude con questa massima che riassume efficacemente la sua filosofia di vita: «È molto facile esser buoni, il difficile è esser giusti»²⁰. Nella visione dell'inflexibile e «impassibile»²¹ poliziotto, essere buoni significa, infatti, «piegarsi alle proprie inclinazioni, cedere in qualche modo ad una facile comprensione degli altri, mentre la pratica della giustizia legale significa saper rinunciare ai propri sentimenti per praticare invece senza flessioni o cedimenti il difficile esercizio della fedeltà a quell'unica fonte capace di armonizzare le debolezze di ciascuno nel superiore bene comune, attraverso l'imparziale distacco garantito proprio dalla sua astrattezza»²².

Attraverso il confronto tra i suoi due personaggi principali, Hugo ci ripropone, con la plasticità della letteratura, l'eterno contrasto tra giustizia legale e giustizia sostanziale, tra legalità ed equità, contrasto irreconciliabile per il giurista moderno che, dopo la fase ancora giusnaturalistica della modernità, aveva finito per ridurre l'intero diritto alla sola dimensione della legge positiva, del diritto *ex parte auctoritatis*²³.

Da una parte, la posizione – incarnata in modo radicale da Javert – di chi, venuta meno la tradizionale concezione dualistica del diritto (*auctoritas* e *ratio*, diritto positivo e diritto naturale), «inchioda l'etica sulla croce della legge»²⁴ affidandosi totalmente all'oggettività e all'impersonalità della legge

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Ivi, I, V, XIII, p. 183.

²² Palazzo, *Victor Hugo*, cit., p. 205.

²³ Il disagio dovuto all'impossibilità di conciliare legalità ed equità è ben testimoniato da Pietro Nuvolone in uno scritto del 1946 dedicato alla crisi della scienza penalistica tra le due guerre, espressione di «una crisi più profonda che investiva tutta la vita del diritto» (P. Nuvolone, *Il momento penale*, «Archivio penale», II, pt. 1, 1946, p. 269). Per uscire dalla crisi – e, quindi, per cercare di conciliare quei due poli – Nuvolone guardava alla cultura giuridica anglosassone, per la quale «nulla è più straniero [...] dei sistemi chiusi di norme: il loro diritto, che ha la sua fonte principale nella *common law*, è contrario alle formule rigide, al legalismo, ed è dominato dal grande principio dell'equità». Grazie a quella diversa concezione del diritto e del sapere giuridico, fedele alla tradizione aristotelica della ragion pratica, «quella conciliazione tra il principio della certezza e il principio della giustizia, che a noi pare irraggiungibile, e che è il punto drammatico della nostra esperienza giuridica, non è per essi un problema, ma una realtà che si attua empiricamente» (ivi, pp. 278-279).

²⁴ Così F. Carnelutti, *La certezza del diritto* (1943), in Lopez de Oñate, *La certezza del diritto* (1942), a cura di G. Astuti, Milano, Giuffrè, 1968, p. 205, nella sua recensione critica al saggio di Oñate che, «con un gioco elegante di parole», avrebbe dissolto l'«irriducibile contrasto tra la giustizia e la certezza» come se «fosse un'illusione» (p. 193). Per un confronto tra le posizioni di Lopez de Oñate e di Carnelutti, v. C. Caria, *Dialogo intorno a La certezza del diritto. Lopez de Oñate e Carnelutti a confronto*, «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2019, pp. 163-179.

generale e astratta, alla certezza della norma scritta e predeterminata, ultimo baluardo contro l'arbitrio del potere, come fecero in Italia i giuristi liberali durante la dittatura fascista²⁵. È la prospettiva ben riassunta da Lopez de Oñate nel celebrato saggio del 1942 su *La certezza del diritto*: «La giustizia non può realizzarsi che nella norma rigida e astratta, che deve essere certa. In questa astrattezza è la precisa concretezza dell'esperienza giuridica, e solo attraverso questa certezza è possibile che essa realizzi la giustizia. Nella certezza consiste dunque la specifica eticità del diritto»²⁶. Dall'altra, la posizione – incarnata qui da monsieur Madeleine – di chi, ritenendo che l'astratta giustizia legale abbia un costo troppo alto, ovvero il sacrificio della giustizia del caso concreto, pone al centro dell'esperienza giuridica non la norma astratta, ma la concretezza e la particolarità dei fatti, la loro irriducibile complessità, i loro mille significati umani, morali, sociali, economici, non congelabili nelle asettiche e rigide forme della legge.

2. «Il deragliamento di una coscienza rettilinea»²⁷

A un certo punto, per quelle imprevedibili e incomprensibili svolte che il sentiero della vita prima o poi ci impone, Javert, questo «carattere completo che non tollerava mai una piega né al suo dovere né alla sua divisa», questo «focista dell'ordine [...] montato sul cieco cavallo di ferro su una rigida via»²⁸, *deraglia*. Il «passo fermo e sicuro» dell'integerrimo e inflessibile poliziotto inciampa, prima, nello scandalo dell'ex galeotto che lo salva da una condanna a morte sicura, decisa dai rivoltosi del giugno del 1832, poi – tornato ad indossare la sua veste abituale di carnefice – nello scandalo di lui che, per un moto incoercibile dell'animo, libera la sua preda che aveva a lungo braccato.

Dopo la liberazione di Jean Valjean, Javert cammina, «per la prima volta» nella sua vita, «con le mani dietro la schiena». Fino a quel giorno, osserva Hugo, aveva adottato, «dei due atteggiamenti di Napoleone, soltanto quello che esprimeva la risolutezza, con le braccia incrociate sul petto; quello che esprimeva l'incertezza, con le mani dietro alla schiena, non lo conosceva»²⁹. Il gesto illogico di Jean Valjean – illogico perché ispirato a una logica diversa da

²⁵ V., sul punto, N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Roma-Bari, Laterza, 2011, pp. 96-98, dove difende il «positivismo giuridico come ideologia» nell'accezione che fonda l'obbligo morale di ubbidire alle leggi positive, «giuste o ingiuste, buone o cattive che siano», sul presupposto che esse «servono ad attuare valori senza i quali nessuna società potrebbe sopravvivere, come l'ordine, la pace, la certezza, in genere la giustizia legale» (ivi, p. 97).

²⁶ Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 161.

²⁷ Hugo, *I miserabili*, cit., V, IV, p. 1230.

²⁸ Ivi, I, VIII, III, p. 274 e V, IV, p. 1230.

²⁹ Ivi, V, IV, p. 1224.

quella che reggeva, fino ad allora, il mondo di Javert – e il suo atto illegale, il primo della sua vita («aveva rubato alla legge un uomo che le apparteneva»), avevano prodotto «nel fondo del suo essere [...] una novità, una rivoluzione, una catastrofe»³⁰.

I fatti, che fino ad allora, avevano per Javert un solo significato, stabilito dall'unico codice per lui valido – la legge positiva – si mostrano, ora, con significati contrastanti: «Quando aveva incontrato così inaspettatamente Jean Valjean sull'argine della Senna, c'era stato in lui qualcosa del lupo che riafferma la preda e del cane che ritrova il padrone»³¹. Il comportamento di Jean Valjean – che richiama quello che il vescovo di Digne, all'inizio del romanzo, gli aveva riservato, provocandone la rigenerazione interiore – riesce a perforare la corazza del poliziotto e a toccare la sua coscienza, introducendolo ai significati di un codice del tutto nuovo, che lo confonde. Di più; lo atterrisce: che quei due uomini, «i quali erano l'uno e l'altro cosa della legge, fossero arrivati al punto di mettersi tutti e due al di sopra della legge, non era spaventoso?»³². «Come! Un onesto servitore della legge poteva di colpo vedersi preso tra due delitti, il delitto di lasciar fuggire un uomo, e il delitto di arrestarlo! [...] C'erano dunque dei casi in cui la legge doveva ritirarsi davanti al delitto trasfigurato, balbettando delle scuse!»³³. Javert, ora, era costretto a riconoscerlo, perché i «fatti veri» – che mai avrebbe potuto immaginare «potessero arrivare a tanta deformità» – i *fatti veri*, non le astratte fattispecie legali, stavano lì, davanti a lui, nella loro innegabile corporeità: li «vedeva», li «toccava»³⁴.

Il *dubbio* che lo assale e lo tormenta, mentre scruta la sua coscienza appoggiato al parapetto che lo protegge dai flutti tumultuosi della Senna, è efficacemente rappresentato, nel romanzo, da «due strade ugualmente dritte»³⁵ che egli vede, inaspettatamente, aprirsi davanti a sé. Due, perché il dubbio pone l'uomo di fronte a un bivio. Come ci ricorda Gustavo Zagrebelsky, la parola dubbio ha la sua radice etimologica in “duo”, da cui «derivano “duplice” e “doppio”, così come anche la parola imparentata “ambiguo” che, prima che oscuro, sfuggente e ingannevole, indica qualcosa in cui si mescolano confusamente due o più sostanze concettuali che possono essere chiarite separandole». E precisa che il Salmo 62, 12 («Una parola ha detto l'Eterno, due ne ho udite») «parla dell'ambiguità della parola non nel senso della parola inganne-

³⁰ Ivi, p. 1229, p. 1225.

³¹ Ivi, p. 1225.

³² Ivi, p. 1226.

³³ Ivi, p. 1231.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Ivi, V, IV, p. 1225.

vole o oracolare, ma nel senso dell'incapacità di decrittirla, svelarla, fissarla, in altre parole, di farla nostra una volta per sempre»³⁶.

L'azione del dubbio consiste, dunque, nel separare ciò che appare unito, nello spezzare la superficiale e ingannevole univocità delle parole, nell'aprire una crepa nella roccia della certezza. Javert, ci dice Hugo in modo icastico, sente «il cranio aprirglisi». Vede «una fenditura nell'immensa vetrata azzurra del firmamento». E ne è sconvolto: «Essere il granito – esclama – e dubitare!»³⁷.

Fino a quel momento, «tutto quello che c'era sopra a lui era stato per il suo sguardo una superficie netta, semplice, limpida; nulla di ignoto, né di oscuro, nulla che non fosse definito, coordinato, concatenato, preciso, esatto, circoscritto, limitato, chiuso; tutto previsto»³⁸. «L'ordine era il suo dogma e gli bastava»³⁹.

Il dubbio travolge questo castello di certezze e di verità e spinge Javert nel mare aperto e agitato della complessità: «Aveva smesso di essere semplice. Era turbato; quel cervello, così limpido nella sua cecità, aveva perduto la trasparenza; in quel cristallo c'era una nube. Javert sentiva sdoppiarsi il dovere dentro la coscienza, e non poteva nasconderselo»⁴⁰. Il codice, «in mano sua, non era altro che un frammento. [...] Si produceva in lui una rivelazione sentimentale completamente distinta dall'affermazione legale, fino a quel momento sua unica misura»⁴¹.

Alla misura della legge si contrappone, ora, *un'altra misura*: Javert è assillato dal dubbio che ci possa essere «una giustizia secondo Dio che va in senso contrario alla giustizia secondo gli uomini»⁴². Che ci possa essere, in altre parole, un'altra dimensione del diritto oltre a quella della legge e dell'autorità che la pone. Per ritornare all'immagine iniziale attraverso la quale Hugo introduce il tema del dubbio, Javert vede ora, dinanzi a sé, «due strade ugualmente dritte; ma ne vedeva due; e questo lo atterriva, lui che non aveva mai conosciuto in vita sua altro che una linea retta. E, straziante angoscia, quelle due strade erano contrarie. Una di quelle due linee rette escludeva l'altra. Quale delle due era la vera?»⁴³.

Javert vede *due* strade, cioè dubita, e – questo è per lui intollerabile – le vede ugualmente dritte, cioè legittime, fondate, giuste; legittime ma contrarie! Com'è possibile? La sua concezione unitaria, monolitica, della legalità gli im-

³⁶ G. Zagrebelsky, *Mai più senza maestri*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 63.

³⁷ Hugo, *I miserabili*, cit., V, IV, p. 1230.

³⁸ Ivi, p. 1231.

³⁹ Ivi, p. 1229.

⁴⁰ Ivi, p. 1225.

⁴¹ Ivi, p. 1228.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Ivi, p. 1225.

pedisce di riconoscerle e di accettarle entrambe. O una o l'altra, *aut aut*. Di qui la sua angoscia paralizzante.

Quelle due strade dritte e contrarie che Javert vede davanti a sé, dopo aver ritenuto «giusto decidere, contro tutti i regolamenti di polizia, contro tutta l'organizzazione sociale e giudiziaria, contro l'intero codice, una liberazione»⁴⁴, sono le vie di Antigone e di Creonte. Ma con un differenza fondamentale. I due protagonisti della tragedia di Sofocle vedono solo la propria linea retta e la percorrono fino in fondo. Non deragliano. Restano ben ancorati alle rotaie delle loro verità, rifiutando sdegnati i tentativi di Ismene, sorella di Antigone, e di Emone, figlio di Creonte e promesso sposo di Antigone, di aprire una fessura nel granito delle loro certezze. Nel non accogliere il seme del dubbio – Emone invita rispettosamente il padre a «non portare nell'animo l'idea, solitaria, che la verità sia tua, e che niente altro sia vero»⁴⁵ – sta la causa della loro fine tragica: Antigone e Creonte vedono solo la propria legge e le sue ragioni, rifiutando l'idea che la legalità abbia un duplice volto e un duplice fondamento; una duplice legittimità. Una duplicità che – come il dubbio – va accettata e vissuta, riconoscendo nelle tensioni e nelle incertezze che essa reca inevitabilmente con sé non vizi e debolezze, ma fecondità e virtù. Quando, alla fine della tragedia, Creonte riuscirà finalmente a vedere, grazie allo sguardo cieco di Tiresia, le ragioni di Antigone, sarà troppo tardi. Anche il dubbio ha il suo *kairós*, il suo momento propizio.

Javert, invece, dopo aver inciampato nel fatto di un «forzato che la giustizia non può prendere»⁴⁶, vede tutte e due le strade e, perciò, diversamente dai due protagonisti della tragedia di Sofocle, dubita: «Consegnare Jean Valjean, era male», perché si sarebbe violata la legge del cielo; «lasciare libero Jean Valjean, era male», perché così si violava la legge della terra. Nel primo caso, «l'uomo dell'autorità cadeva più in basso dell'uomo della galera; nel secondo, un forzato saliva più in alto della legge e vi metteva il piede sopra. In ambedue i casi, disonore per lui, Javert. Qualsiasi decisione prendesse, conteneva una caduta»⁴⁷.

I fatti deformi della vita, che seminano il dubbio, pongono Javert di fronte a una scelta tragica: ogni sua risoluzione avrebbe comunque violato una legge giusta, dotata di una propria legittimità. Scelta tragica che però, a ben vedere, è tale soltanto perché il Nostro non riesce a far fruttificare il dubbio; non riesce, cioè, a superare la sua visione unilaterale delle cose, a fare propria un'altra visione, più complessa e, quindi, fatalmente più incerta, della legalità.

⁴⁴ Ivi, p. 1226.

⁴⁵ Sofocle, *Antigone*, tr. it. di E. Cetrangolo, in C. Diano (dir.), *Il teatro greco. Tutte le tragedie*, Firenze, Sansoni, 1980, p. 189.

⁴⁶ Hugo, *I miserabili*, cit., V, IV, p. 1226.

⁴⁷ Ivi, p. 1225.

Nella faglia del dubbio Javert vede solo caos e «un'immensa difficoltà di esistere»⁴⁸: «Il sistema penale, la cosa giudicata, la forza dovuta alla legislazione, le sentenze delle corti sovrane, la magistratura, il governo, la prevenzione e la repressione, il giudizio ufficiale, l'infallibilità legale, il principio di autorità, tutti i dogmi sui quali si fondava la sicurezza politica e civile, la sovranità, la giustizia, la logica proveniente dal codice, l'assoluto sociale, la verità pubblica, tutto questo, macerie, ammasso, caos»⁴⁹. In quella faglia, Javert non riesce a intravedere un modo diverso di esistere, un mondo nuovo in cui le due strade, le due legittimità, possano convivere – seppur nella tensione delle differenze e dei fondamenti – in una legalità diversa, la sola che possa sperare di accordare – come ammonisce il coro nel primo stasimo dell'*Antigone* – «la giustizia divina con le leggi della terra»⁵⁰. Al contrario, Javert vede solo macerie, non la possibilità, l'opportunità, di nuove costruzioni: «Tutto ciò in cui aveva creduto svaniva. Verità con cui non voleva aver a che fare lo assillavano inesorabilmente. Bisognava ormai essere un altro uomo»⁵¹. Un uomo nuovo il cui «respiro sarebbe stato per sempre faticoso»⁵².

Essere un altro uomo, accedere a un'altra concezione della legalità che abbandoni la logica escludente dell'uno e si apra alla logica includente del due. Questa conversione, questo mutamento di paradigma, non avviene. Javert, come osserva Francesco Palazzo, è «incapace di gettare lo sguardo al di là dell'arida gabbia della legge verso il diritto»⁵³. Crollate le antiche certezze, il suo dogmatismo della verità, della verità come possesso definitivo, lo spinge nelle braccia di un nuovo dogmatismo, quello nichilistico dell'assenza di ogni verità. Crollato l'ordine antico, garantito dall'unicità e dall'inflessibilità della legge, per lui unica vera difesa contro l'anarchia, vede solo disordine. Del resto, a un uomo per il quale la «suprema angoscia [è] la scomparsa della certezza»⁵⁴, a un uomo da sempre abituato a muoversi su superfici piane, solide, lisce, come si può chiedere che possa vivere nel mondo deforme in cui il dubbio l'ha gettato?

Il mondo nuovo, che il gesto gratuito, misericordioso, di Jean Valjean – «un galeotto sacro!» – gli fa per un attimo intravedere, fa apparire la «possibilità di una lacrima nell'occhio della legge»⁵⁵. Quella lacrima, però, si asciuga

⁴⁸ Ivi, p. 1230.

⁴⁹ Ivi, p. 1231.

⁵⁰ Sofocle, *Antigone*, cit., p. 183. Questa legalità ancipite è la legalità propria dello stato costituzionale di diritto. Sul passaggio dalla legalità legislativa del vecchio stato di diritto alla nuova legalità costituzionale, v. M. Vogliotti, *Legalità*, «Annali dell'Enciclopedia del diritto», VI, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 371-435.

⁵¹ Hugo, *I miserabili*, cit., V, IV, p. 1229.

⁵² Ivi, p. 1230.

⁵³ Palazzo, *Victor Hugo*, cit., p. 207.

⁵⁴ Hugo, *I miserabili*, cit., V, IV, p. 1227.

⁵⁵ Ivi, pp. 1226 e 1228.

subito: diversamente dall'ostrica che, con le sue lacrime di dolore riesce a trasformare il granello di sabbia che l'ha ferita in una perla preziosa – la perla preziosa di uno spirito che ha imparato la virtù del dubbio – Javert non tollera il fastidio e il dolore che il granello del dubbio reca sempre con sé. E si toglie la vita. Come osserva Mario Vargas Llosa, «Javert muore il primo giorno della sua vita in cui ha dubbi, cioè quando un soffio di umanità scuote la sua personalità marmorea. Il suo suicidio non può essere più tragico»⁵⁶.

Il dubbio di cui Javert fa esperienza è il *dubbio scettico* che paralizza. Vede due strade dove ne aveva sempre vista una sola e si blocca. Al punto di interrompere per sempre il suo cammino. Il dubbio che diventa perla preziosa è, invece, quello di chi non nega la verità – «solo chi crede nella verità può dubitare; meglio, può dubitarne»⁵⁷ – ma sa che non riuscirà mai a possederla una volta per tutte ed è quindi sempre disposto a metterla in discussione. Come osserva Franca D'Agostini, il nesso verità-dubbio – a lungo oscurato dall'uso dogmatico della nozione di verità – è così stretto che attiviamo normalmente il concetto di verità – secondo la celebre definizione che Platone ci dà nel *Cratilo*: «“vero” è il discorso che dice le cose come stanno» (385c) – soltanto «quando abbiamo il dubbio che la realtà (le cose come stanno) sia nascosta da qualcosa o qualcuno»⁵⁸. Quando non vi sono sospetti, incertezze, discussioni, la parola verità non interviene: non dico “è vero che Manzoni ha scritto i *Promessi sposi*”, ma mi limito a dire “Manzoni ha scritto i *Promessi sposi*”. La funzione-V – «ossia la funzione che esprimiamo con il predicato “è vero”» compare «nei pensieri e discorsi quando ci sono dubbi o contrasti, quando dobbiamo ragionare, cioè passare da un presunto vero a un altro. Per questo è ragionevole dire che è un concetto inferenziale, discussivo, ispettivo, dubitativo»⁵⁹.

Contrariamente al dubbio scettico che paralizza, questo dubbio che attiva la funzione-V, e che potremmo chiamare *generativo*⁶⁰ o, come propone Gustavo Zagrebelsky, «euristico»⁶¹, spinge all'azione, è uno stimolo a scandagliare le profondità delle parole e delle cose, con la consapevolezza che si tratta di una ricerca senza fine perché mai si potrà avere la certezza di aver esaurito quelle profondità. Nel dubbio che «non si rivolta contro sé stesso» c'è, infatti, «una forza propulsiva che contraddice non solo lo spirito scettico che è proprio di chi si chiude nella rinuncia, ma anche lo spirito dogmatico che è proprio di chi pretende di fissare verità sottraendole una volta per tutte

⁵⁶ M. Vargas Llosa, *La tentazione dell'impossibile. Victor Hugo e “I Miserabili”* (2004), tr. it. di A. Ciabatti, Milano, Libri Scheiwiller, 2011, p. 98.

⁵⁷ Zagrebelsky, *Mai più senza maestri*, cit., p. 63.

⁵⁸ F. D'Agostini, M. Ferrera, *La verità al potere. Sei diritti aletici*, Torino, Einaudi, 2019, p. 32.

⁵⁹ Ivi, pp. 21 e 33.

⁶⁰ L'aggettivo è stato proposto da Roberto Cornelli durante la discussione.

⁶¹ Zagrebelsky, *Mai più senza maestri*, cit., p. 65.

alla verifica critica. L'accettazione del dubbio come condizione esistenziale coincide con l'*éthos* inquieto di chi rifiuta di considerare definitive le cose della vita, senza alternative e non problematiche»⁶². Un'inquietudine che Javert non può sopportare.

3. Dall'illusione della certezza alla diagnosi nichilistica: la parabola del giurista moderno

La parabola esistenziale del poliziotto dei *Miserabili* assomiglia molto a quella del giurista moderno dell'Europa continentale⁶³. Anch'egli si è a lungo illuso di poter edificare il nuovo paradigma giuridico su fondamenta solide e certe, grazie all'adozione del metodo forte delle scienze della natura – la certezza del diritto diventa la nuova stella polare del firmamento del giurista, occupando il posto che era sempre spettato alla giustizia – e anch'egli, di fronte al crollo di quelle illusioni, è colpito dal dubbio scettico che lo spinge, coerentemente rispetto alle sue premesse epistemologiche, a far propria la tesi nichilistica di un diritto radicalmente incerto, ridotto al fatto della forza⁶⁴. Un diritto «arbitrario»⁶⁵, «senza destinazione: che va e va, ma non sa “perché” e “verso dove”»⁶⁶, condannato a diventare facile preda delle volontà di potenza che lottano per la conquista delle forme giuridiche, ultimo «salvagente» cui il giurista può oggi aggrapparsi, secondo Natalino Irti, che quella parabola ha percorso fino in fondo. Condizionato da quelle premesse epistemologiche forti, responsabili – insieme con le altre vicende socio-economiche, politiche, antropologiche e scientifiche della modernità – della riduzione del diritto alla sola dimensione potestativa (*auctoritas facit legem*), Irti non riesce a vedere, nelle Costituzioni pluralistiche del secondo dopoguerra, la via – l'unica via praticabile, dopo la fine del giusnaturalismo antico e medievale⁶⁷ – per il ri-

⁶² Ivi, pp. 65-66.

⁶³ La precisazione geografica è d'obbligo, perché i giuristi inglesi, malgrado le sollecitazioni di Hobbes e di Bentham, non hanno mai spezzato il filo che univa il sapere giuridico alla tradizione aristotelica della filosofia pratica e, quindi, non hanno mai abbandonato la concezione dualistica del diritto, che in Inghilterra ha assunto la forma *common law/statute law*.

⁶⁴ Su questa parabola del diritto moderno, si rinvia a M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007.

⁶⁵ N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 40.

⁶⁶ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 8.

⁶⁷ Dopo la rivoluzione scientifica moderna, che separa il fatto dal valore, e la concomitante rivoluzione antropologica, che fonda la piena autonomia morale dell'individuo, libero artefice della propria sorte, la seconda dimensione del diritto non poteva più essere *concepita* come un *dato oggettivo*, come un ordine che preesiste all'uomo e che da questi deve essere semplicemente *scoperto*. Anche la via della *tradizione* – mai abbandonata dall'Inghilterra, che, pur aprendosi alla modernità, aveva conservato l'antico dualismo, rappresentandosi la Costituzione con la categoria antica del diritto non scritto – non era più disponibile: dopo la positivista riduzione del diritto a una sola dimensione, la via

stabilimento dell'antico dualismo del diritto che la modernità aveva finito per dissolvere, assorbendo l'intero campo della legittimità in quello della legalità formale e aprendo così la strada alla deriva nichilistica, «destino del diritto nel nostro tempo»⁶⁸, secondo Irti.

Diversamente dal giurista antico e medievale, per il quale il dubbio era una componente essenziale e preziosa del proprio metodo (il metodo *dubitativo* e controversiale delle aristoteliche scienze pratiche), il giurista moderno considera il dubbio non come un imprescindibile e fidato compagno, ma come un corpo estraneo, quasi un nemico da combattere.

Con il venir meno dei tradizionali fondamenti di Dio e della Natura, che davano un ordine e un senso al diritto positivo, il giurista moderno, alla ricerca di un altro fondamento sicuro su cui costruire il nuovo ordine, si affida alla *nova methodus* delle scienze teoretiche, che tanto successo avevano ottenuto nello studio della natura. Con l'adozione del metodo veritativo, descrittivo e oggettivante di quelle scienze, il valore della certezza si sostituisce al dubbio come principio etico e gnoseologico del sapere giuridico, finendo per occupare l'intero orizzonte assiologico del giurista dopo il fallimento del programma razionalistico di elaborare un'etica *more geometrico demonstrata*, fallimento che condurrà alla tesi weberiana del politeismo dei valori, al non cognitivismo etico e al conseguente dogma dell'avalutatività della scienza giuridica. Se i valori non sono più oggetto di conoscenza scientifica, secondo quella concezione forte di conoscenza (per Kelsen, la giustizia, che era il fine delle scienze pratiche, diventa «un ideale irrazionale»⁶⁹), l'unica prestazione che si può chiedere al diritto e al suo rinnovato sapere è la certezza, intesa, da un lato, come chiarezza e precisione del comando legislativo – il cui contenuto è interamente affidato a insindacabili scelte politiche – e, dall'altro lato, come assoluta prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell'azione.

Alla luce dei nuovi presupposti metodologici, l'*arbitrium* del giudice, che fino alla rivoluzione francese era considerato, nella concreta esperienza giuridica e nelle pagine della dottrina, lo strumento tecnico con il quale il giudice esercitava il suo potere discrezionale, e quindi poteva esprimere il suo dubbio, diventa, a partire dalla stagione illuministica, un potere arbitrario che deve essere eliminato attraverso la certezza della legge⁷⁰. La nuova cultura

della tradizione – che affondava le sue radici nel paradigma giuridico medievale – era stata interrotta e poi definitivamente preclusa dalla lacerazione dei totalitarismi.

⁶⁸ Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 8. Sul nichilismo di Irti v., in una prospettiva critica, M. Vogliotti, *Fragilità della Costituzione e nichilismo giuridico*, «Giornale di Storia costituzionale», 2, 2019, pp. 55-77.

⁶⁹ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), tr. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, Comunità, 1952, p. 13.

⁷⁰ Sul significato del termine *arbitrium* durante l'antico regime, v. M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

giuridica, razionalistica e volontaristica, non concepisce più il diritto come il risultato di un'attività ricostruttiva – controversiale e dubitativa – guidata dalla *prudential* del giudice, ma come un dato che coincide con il testo della legge. Quest'ultima, che per il giurista medievale era un «ordine della ragione per il bene comune», secondo la celebre definizione di Tommaso d'Aquino, e poteva assumere forme diverse, è ora intesa come un dettato della volontà. Volontà che, nella fase di transizione dall'illuminismo giusrazionalistico al positivismo ottocentesco, è presentata come razionale⁷¹ e, poi, in seguito al venir meno del fondamento giusnaturalistico del primo positivismo e con la progressiva affermazione del principio democratico, viene celebrata come l'espressione della volontà del popolo sovrano che si pronuncia per bocca dei suoi rappresentanti.

Ad assicurare la rigorosa subordinazione del giudice alla legge e la certezza del diritto nell'ambito dell'attività giurisdizionale concorrono, sul piano ideologico, la rappresentazione del giudice come *être inanimé* e, sul versante gnoseologico, il modello sillogistico del ragionamento del giudice. Tale modello si fonda su una delle dicotomie fondamentali della modernità giuridica, quella tra fatto e diritto, dicotomia che, come si è visto, è una componente essenziale della cultura giuridica del *moderno* poliziotto dei *Miserabili*. Secondo questa nuova raffigurazione del ragionamento del giudice, la *quaestio iuris* è interamente affidata al legislatore, che la risolve in via generale e astratta con la scrittura della legge, mentre la *quaestio facti* viene lasciata al giudice che la decide avvalendosi del metodo verificazionista del processo inquisitorio.

4. *Un modello processuale estraneo al valore del dubbio*

Sperimentato dapprima nella pratica come procedimento eccezionale e straordinario (la compilazione giustiniana, pur menzionando istituti e strutture di matrice inquisitoria, mostrava «un favore per il modello accusatorio»⁷²), il sistema processuale basato sull'iniziativa *ex officio* del giudice finirà per imporsi anche nelle elaborazioni dottrinali, in seguito al forte carattere di pubblicizzazione che viene impresso all'amministrazione della giustizia a

⁷¹ Come osserva M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano, Comunità, 1966, p. 149, con l'entrata in vigore del *code civil*, in Francia «viene a formarsi la sensazione di fondo che il diritto naturale sia stato ormai incorporato nel codice, e non abbia più bisogno di una considerazione autonoma». Resta «l'omaggio verbale» reso al diritto naturale, ma tale concetto si rivela irrilevante per la «speculazione della scuola dell'esegesi». Si può quindi affermare che «con la scuola dell'esegesi nasce il «positivismo giuridico» francese».

⁷² Così E. Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia, Pavia University Press, 2013, p. 4, in cui si osserva, peraltro, che «la rilevanza effettiva del sistema accusatorio nella tarda età imperiale e in epoca giustiniana era [...] più modesta» di quanto apparisse dal *Corpus Iuris Civilis*, che dedica ai «processi svolti senza le formalità accusatorie («citra solemnitas accusationum») solo cenni sporadici».

partire dalla fine del XIII secolo. Come osserva Mario Sbriccoli, i nuovi soggetti politici avvertono ben presto che la «giustizia penale è un decisivo mezzo di governo e che non ha senso lasciarla alla sola iniziativa delle parti»⁷³. Si delinea, pertanto, il principio per cui chi commette un reato non danneggia soltanto la vittima privata, ma «offende anche la *respublica* la quale ha diritto di soddisfarsi infliggendo una pena»⁷⁴. Questo nuovo modello di giustizia penale, congeniale alle esigenze repressive dello Stato moderno, finirà per imporsi definitivamente nel Cinquecento, piegando le ultime resistenze della dottrina criminalistica che a lungo tenta di difendere l'autorità della tradizione romanistica, pur prendendo atto, dopo le rituali enunciazioni di principio, dell'esistenza di una pratica difforme sempre più diffusa⁷⁵.

In linea con il metodo veritativo e oggettivante delle scienze teoretiche, che si impone con il nuovo paradigma giuridico, il fine del processo non è più la risoluzione consensuale del conflitto e la riparazione del danno, secondo il modello medievale di «giustizia negoziata»⁷⁶, ma la «verità materiale», come si dirà enfaticamente, a partire dalla fine dell'Ottocento, da quella parte della cultura processualistica maggiormente influenzata dallo scientismo della Scuola positiva e caratterizzata da una marcata impronta autoritaria. In questa nuova concezione della giustizia penale, che diventerà egemonica, la garanzia della perfetta corrispondenza tra la premessa minore del sillogismo e i fatti viene individuata nella confessione, la prova che più di tutte sembra corrispondere all'esigenza – coerente rispetto alle premesse epistemologiche “forti” del nuovo metodo giuridico – che le prove del reato siano *luce meridiana clariores*⁷⁷. Per ottenere la regina delle prove e, quindi, la certezza del fatto, il giudice – che quella cultura positivista e autoritaria del tardo Ottocento paragonerà esplicitamente allo scienziato della natura⁷⁸ – poteva avvalersi di

⁷³ M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (dir.), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 167.

⁷⁴ Ivi, p. 168.

⁷⁵ Dezza, *Lezioni*, cit., p. 21.

⁷⁶ Sul modello di giustizia negoziata, v. M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi (dir.), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna, il Mulino - Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 345-364. Tale modello, che ha «le sue origini nel penale “privato” della prima fase cittadina», è segnato «da uno spiccato carattere “comunitario”, fondato sull'appartenenza, diretto principalmente alla riparazione dell'offesa, regolato da norme e prassi condivise, in un ambito in cui domina l'oralità» (ivi, p. 356).

⁷⁷ In merito, v. G. Alessi, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, Jovene, 1979, pp. 4-6. La dottrina delle prove più chiare della luce del giorno, ancorché si possa pure interpretare come l'espressione di un certo «garantismo inquisitorio» (così L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 168, nota 33), è soprattutto la manifestazione di un pensiero “forte” che fa della verità “materiale” il valore prioritario della giurisdizione, giungendo a legittimare pratiche autoritarie e violente come la tortura.

⁷⁸ Su questo accostamento, v. M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano,

qualsiasi mezzo, anche della tortura, significativamente concepita come efficace strumento *ad eruendam veritatem*. Risultano evidenti, in quest'ottica, «le implicazioni “logiche” della tortura: il tentativo spregiudicato di superare i limiti di una verità *probabile*, allo scopo di accertare la *verità reale*»⁷⁹.

Secondo questo nuovo modello processuale, in cui il valore della verità diventa onnivoro, le forme giuridiche – dirà Emanuele Carnevale, negli anni Venti del secolo scorso, con la forza di chi è convinto di avere dalla sua parte le ragioni delle nuove scienze antropologiche ed empirico-sociali («l'antropologia e la psicologia sloggiano il diritto», sentenzierà qualche anno dopo Umberto Cao)⁸⁰ – valgono esclusivamente «per meglio riuscire nell'accertamento del vero» e «noi innanzi tutto le apprezziamo e le vogliamo assicurate per questa loro attitudine»⁸¹. Esse, infatti, «non sono in primo luogo poste a presidio dei diritti soggettivi [...] ma sono modi, condizioni e cautele per il più sicuro accertamento del vero»⁸². Posto come «fine specifico» del processo la verità materiale – «fine generico» essendo la repressione dei reati e la difesa sociale⁸³ – per conseguire quell'obiettivo, prosegue Carnevale, occorre che l'attività del giudice scorra «franca e libera, non impacciata [...] da limitazioni sostanziali o rituali, che da altre esigenze potrebbero essere consigliate»⁸⁴. Tutto, infatti, deve essere «inquadrato nella necessità superiore della scoperta del vero ed ogni attività singola deve elevarsi a mezzo di tale scoperta»⁸⁵. Conformemente al «solipsismo metodico»⁸⁶ che, secondo Karl Otto Apel, rappresenterebbe il presupposto trascendentale della filosofia moderna a partire da Cartesio fino alla “*Logic of Science*” neopositivista, il giurista siciliano trae la

Giuffrè, 1974, pp. 14 e 48-50, che osserva come l'assimilazione del giudice allo scienziato della natura o, secondo un'altra versione, allo storico, abbia «alimentato l'immagine di un giudice “libero” nello scegliere a suo piacimento le tecniche dell'accertamento» (ivi, p. 49).

⁷⁹ A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 185.

⁸⁰ U. Cao, *Dottrina penale fascista*, Cagliari, Soc. Editoriale Italiana, 1931, p. 23.

⁸¹ E. Carnevale, *L'interesse pubblico nel processo criminale* (1924), in Id., *Diritto criminale*, vol. III, Roma, Foro italiano, 1932, p. 357.

⁸² E. Carnevale, *Sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale* (1929), in Id., *Diritto criminale*, cit., vol. III, p. 491.

⁸³ Vedi, in proposito, E. Carnevale, *L'investigazione obiettiva nel processo penale* (1928), in Id., *Diritto criminale*, cit., vol. III, pp. 414 ss.

⁸⁴ E. Carnevale, *Carattere della verità nel processo penale* (1925), in Id., *Diritto criminale*, cit., vol. III, p. 407.

⁸⁵ E. Carnevale, *Lo Stato e l'esigenza intrinseca del diritto nel processo penale* (1917), in Id., *Diritto criminale*, cit., vol. III, p. 385.

⁸⁶ K.O. Apel, *Comunità e comunicazione* (1973), tr. it. di G. Carchia, Torino, Rosenberg & Sellier, 1977, pp. 179 s. Si tratta dell'idea (condivisa da Cartesio, Locke, Russell, Husserl e dal neopositivismo) secondo cui «in linea di principio “uno da solo” possa riconoscere qualcosa *come* qualcosa e in tal modo fare della scienza» o, detto in altri termini, della convinzione che «sia possibile pensare e decidere significativamente anche prima che si siano riconosciute, perlomeno *implicitamente*, le regole dell'argomentazione come regole di una comunità della comunicazione critica» (ivi, p. 251).

conclusione che «la via migliore per giungervi non è il contrasto di parti»⁸⁷. La verità, infatti, «non ha bisogno per farsi strada e rivelarsi nella sua pienezza del combattimento di due avversari; [...] la critica del giudice, ormai adulta e allenata, la sua mente indagatrice attiva e indipendente, la cerca con forze proprie»⁸⁸.

Alla svalutazione della funzione cognitiva del contraddittorio fa da contraltare l'esaltazione della figura del giudice. Questi, forte di una «razionalità di tipo individuale e "aristocratico"»⁸⁹, è concepito come un libero indagatore del vero che «nel silenzio e in un raccoglimento austero va pazientemente analizzando e scrutando il problema giudiziario. È solo, coi suoi voti, per la verità e per la giustizia»⁹⁰.

Coerentemente con l'epistemologia verificazionista e l'impronta autoritaria che connotano il modello inquisitorio, l'intera struttura del processo è concepita più per corroborare che per falsificare l'ipotesi accusatoria. A quest'obiettivo sono funzionali, ad esempio, la concentrazione in un'unica persona delle funzioni di accusa e di giudizio; la segretezza dell'istruzione; la formazione unilaterale della prova in sede istruttoria ad opera del giudice; la limitazione (e nei casi estremi l'annullamento) del ruolo processuale delle parti private (vittima e imputato), segnatamente in ordine all'iniziativa probatoria; la mancanza di una fase dibattimentale in cui mettere alla prova, nel contraddittorio con la difesa, i risultati dell'istruttoria⁹¹.

Naturale che in questo contesto il dubbio sia avvertito come un fattore di disturbo, come un granello che rallenta il funzionamento della macchina processuale, rischiando, se alimentato, di incepparla. Per scongiurare questo pericolo, il dubbio sulla fondatezza dell'accusa è soffocato fin dall'inizio mediante l'inversione dell'onere della prova che è la logica conseguenza del rifiuto – come dirà Vincenzo Manzini – della «credenza comune che nel procedimento penale si abbia a favore dell'imputato una presunzione d'innocenza». «Nulla di più paradossale e contraddittorio»⁹², nell'ottica di chi non concepisce più il processo come un metodo di accertamento del fatto eticamente orientato, secondo la tradizione aristotelica della filosofia pratica, il cui fine ultimo, ricordiamolo, non è la verità "materiale" ma la giustizia. Nella prospettiva delle scienze empiriche, da cui il giurista positivista guarda al diritto, la presunzione

⁸⁷ Carnevale, *Lo Stato e l'esigenza intrinseca*, cit., p. 385.

⁸⁸ Carnevale, *L'investigazione obiettiva nel processo penale*, cit., p. 429. Il metodo giudiziario «che meglio corrisponde alla meta» (la ricerca della verità) è «l'investigazione intrinseca obiettiva, analogamente a quello che si fa nel campo scientifico» (ivi, p. 431).

⁸⁹ Nobili, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 263.

⁹⁰ Carnevale, *L'investigazione obiettiva nel processo penale*, cit., p. 431.

⁹¹ I tratti del modello inquisitorio sono ben sintetizzati da Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, cit. pp. 1-2.

⁹² V. Manzini, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, Bocca, 1912, p. 54.

d'innocenza si rivela priva di fondamento scientifico. La presunzione, infatti, osserva ancora Manzini, «è un mezzo di prova indiretta che deduce un dato convincimento assoluto o relativo dalla comune esperienza. Ora si vorrà ammettere che l'esperienza storica collettiva insegni che la massima parte degli imputati è innocente?»⁹³.

Se il processo non è più orientato dalla presunzione etica dell'innocenza, ma si fonda sul dato empirico che la maggior parte degli imputati è colpevole, l'imputato, per vincere quella presunzione sfavorevole e ottenere una sentenza definitiva di assoluzione, dovrà fornire una prova piena della propria innocenza. Nel caso in cui il dubbio persista, infatti, il metodo veritativo delle scienze della natura, insieme con una concezione autoritaria e dogmatica della verità, impediscono di chiudere la partita processuale con una formula pienamente favorevole al reo. Come osserva Enrico Ferri, esponente di spicco della Scuola positiva, «quando si dubita non si può né si deve condannare, ma non si può né si deve affermare l'innocenza. Chi dubita può dire solo *non liquet*, e farebbe cosa illogica dicendo *absolvo*»⁹⁴. La «formula tripartita innocente/colpevole/*non liquet* che attraverso una rapida evoluzione normativa [...] darà ben presto vita all'istituto dell'assoluzione per insufficienza di prove»⁹⁵, è un ulteriore indice di una cultura giuridica che non considera il dubbio come una componente fisiologica del processo, mai del tutto eliminabile se non per effetto di una precisa scelta etico-politica, ma come il segno del fallimento (che si auspica temporaneo) dell'indagine giudiziale, la quale, per questo, deve essere sempre aperta a nuovi apporti conoscitivi che possano definitivamente dissolverlo.

Per il superamento dell'*absolutio ab instantia* dell'antico regime e per cancellare la formula dubitativa, occorre riconoscere nel dubbio un elemento imprescindibile del sapere giuridico e sancire l'autonomia del diritto dall'epistemologia delle scienze naturali. Al valore della verità – che va liberato dall'ipoteca autoritaria per fonderlo su un'epistemologia falsificazionista, che si esprime giuridicamente attraverso il metodo del contraddittorio – vanno affiancati altri valori. Con questi, il valore della verità deve convivere e, in certi casi, soccombere per farne prevalere altri ritenuti più importanti. È il caso, ad esempio, della presunzione d'innocenza, alla base del principio *in dubio pro reo*, la cui giustificazione va cercata in ragioni diverse da quelle che ispirano il metodo delle scienze della natura.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ E. Ferri, *Il progetto del Codice di procedura penale* (1912), in Id., *Difese penali*, vol. III, Torino, UTET, 1925, p. 376.

⁹⁵ E. Dezza, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, in D. Negri, M. Pifferi (dir.), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 113.

Per liberare il metodo processuale di accertamento dei fatti dal giogo di quelle scienze che Aristotele chiamava teoretiche, occorre, in altre parole, ricollocare il sapere giuridico nell'alveo delle scienze pratiche, facendo nuovamente propria l'idea di una scienza giuridica non descrittiva e oggettivante ("avalutativa"), ma eticamente orientata.

Il passaggio dal modello inquisitorio al modello misto, inaugurato dal *Code d'instruction criminelle* del 1808 per tentare di contemperare le esigenze di repressione dei reati con le esigenze di garanzia in favore dell'imputato, non mette in discussione il metodo verificazionista dell'*inquisitio*.

In un convegno dedicato a *Le doute et le droit*, svoltosi a Parigi nel 1994, l'avvocato Henri Leclerc ci ricorda alcune delle critiche che, prima dell'adozione del codice del 1988, la nostra cultura processualistica rivolgeva al codice Rocco del 1930, ispirato, com'è noto, al modello misto. Dopo aver premesso che «tout notre système est organisé pour que le doute dure le moins longtemps possible», osserva – mettendo il dito sulla preponderanza della fase istruttoria, d'impronta inquisitoria, sulla successiva fase dibattimentale, ispirata ai principi del modello accusatorio – che «les dossiers qui arrivent devant la juridiction de jugement [...] sont pour la plupart bouclés, construits dès qu'ils sortent des services de police. Rien n'est pire pourtant, quand on cherche la vérité, que de vouloir conforter l'hypothèse initiale plutôt que de la confronter à d'autres hypothèses».

Nel nostro sistema, prosegue, «le policier est une sorte de prolongement du juge: il l'accompagne ou le précède dans le chemin de la quête des preuves. L'hypothèse policière confortée arrive chez le juge d'instruction, et déjà le rassure et l'éloigne du doute préalable pourtant si nécessaire». Conclusa l'istruttoria, il giudice pronuncia un'ordinanza da cui emergono significativi elementi a carico dell'imputato. In dibattimento, un nuovo magistrato, il pubblico ministero, si trova davanti a un altro collega per sostenere che quegli elementi costituiscono delle prove idonee alla condanna. A quel punto, si chiede il nostro avvocato, «quelle marge de doute reste-t-il au juge qui a appris l'affaire par un dossier sur lequel s'est éayée la conviction de plusieurs juges ou magistrats, et alors que le réquisitoire définitif rédigé par l'accusation constituera la seule synthèse cohérente d'un volumineux dossier? [...] Que deviennent l'oralité des débats, la libre discussion de la preuve lorsque l'on interroge en fonction de ce dossier, qu'on en lit les pièces [...] où est la part de ce doute préalable et nécessaire chez le juge correctionnel ou le juge criminel? La marge du doute préalable a été singulièrement amoindrie chez le juge qui doit peser les preuves avec sa raison, et dire si le doute subsiste ou si la culpabilité est établie»⁹⁶.

⁹⁶ H. Leclerc, *Le doute, devoir du juge*, in *Le doute et le droit, sous l'égide de l'Institut de formation continue du Barreau de Paris*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 54-55. Ringrazio François Ost per avermi indicato il presente volume.

Tutt'altra epistemologia ispira, invece, il modello accusatorio, in gran parte concepito per alimentare il dubbio del giudice.

Attribuendo all'accusa il compito di provare la colpevolezza dell'imputato *oltre ogni ragionevole dubbio*, il principio etico e gnoseologico della presunzione d'innocenza pone, fin da subito, tutto il procedimento sotto il segno del dubbio. In particolare, quella regola di giudizio se, da un lato, esprime l'esigenza che la prova della colpevolezza sia particolarmente solida e convincente per poter condannare, dall'altro – con la sua rinuncia a ogni pretesa di certezza – riconosce, allo stesso tempo, l'impossibilità di annientare completamente il dubbio sul piano conoscitivo.

La stessa cultura del dubbio ispira gli altri principi fondamentali del rito accusatorio: il contraddittorio, l'oralità, l'immediatezza. Figli di un'epistemologia falsificazionista, quei principi sono in gran parte concepiti per seminare il dubbio nella mente del giudice di cui si vuole preservare l'assoluta imparzialità. La sua terzietà è assicurata, in particolare, da un altro principio cardine del modello accusatorio, quello della rigorosa separazione della fase delle indagini dalla fase del dibattimento. In tal modo, si vuole evitare che la conoscenza dei risultati delle indagini possa orientare prematuramente il convincimento del giudice, rendendolo più resistente all'azione corrosiva del dubbio, cui è preordinata la fase dibattimentale. Infine, l'ultima significativa testimonianza della familiarità del processo accusatorio con la logica del dubbio è data dalla complessa architettura delle regole di esclusione, segno di una ragione che dubita delle proprie forze e che per questo elabora un sofisticato sistema di regole per evitare l'errore.

5. *Il ristabilimento del dualismo del diritto*

Nello scenario assolutamente inedito che si apre, nei paesi di *civil law*, in seguito alla riduzione del diritto alla sola dimensione potestativa, il dubbio del giudice – che ancora per tutto l'antico regime si poteva manifestare attraverso lo strumento dell'*interpretatio* e, nei casi di contrasto insanabile tra la legge del principe e le leggi fondamentali del regno, tramite il potere di *interinatio* dei Grandi Tribunali – deve arrestarsi davanti alla maestà della legge. Venuta meno l'antica concezione dualistica del diritto, per effetto dell'adozione del metodo veritativo delle scienze teoretiche e delle altre vicende della modernità già ricordate, il dubbio che nasce dalla percezione dell'ingiustizia della legge non ha più alcun diritto di cittadinanza: o si rifugia nel foro interno della coscienza del giurista, al quale – in quanto scienziato del diritto – non resta che chinare il capo e tacere di fronte alla *dura lex*, o si sfoga nell'incandescenza della lotta politica, dove le volontà di potenza si scontrano per immettere nel-

le forme giuridiche nuovi contenuti, coerenti con le proprie concezioni della giustizia.

La prima strategia è quella suggerita da Piero Calamandrei nella sua entusiastica recensione al saggio, già ricordato, di Lopez de Oñate. Dopo aver premesso, richiamando un passo del libro di Lopez, che «la scienza giuridica deve mirare soltanto *“a sapere qual è il diritto”*», il giurista fiorentino affronta il caso di un «giurista che sia chiamato ad applicare come giudice o come avvocato una legge che moralmente gli ripugna». Questi «sarà portato, pur senza potersi apertamente ribellare ad essa, ad attenuarla, ad aggirarla, a introdurre distinzioni e riserve, volte a farle impaccio e ad impedirle di nuocere. Ma, così facendo, egli cesserà di essere un interprete della legge: egli, così facendo, agirà da politico, non da giurista». Questa azione «sovvertitrice della legge», prosegue Calamandrei, «che può avere la sua moralità e la sua funzione storica, non è la moralità del giurista; il quale, anche quando il contenuto della legge gli fa orrore, sa che nel rispettarla e nel farla rispettare quale essa è, anche se iniqua, si riafferma quell'ideale di uguaglianza e di reciprocità umana che vivifica e riscalda l'apparente rigidità del sistema della legalità. E forse questo culto della legalità a tutti i costi, questo sconsolato ossequio delle leggi solo perché sono tali ed anche se il cuore le maledice e ne affretta col desiderio l'abolizione, ha una sua grandezza morale che raggiunge spesso, senza slanci apparenti, il freddo e meditato eroismo»⁹⁷.

Questa professione di fede nella legalità formale – che, come si è già accennato, rappresentava, negli anni bui del fascismo, «un'ultima e minima linea difensiva [...] se non contro l'autoritarismo o il totalitarismo, almeno contro l'*arbitrarietà del potere*»⁹⁸ – subirà le prime incrinature negli scritti successivi di Calamandrei, fino alla definitiva apostasia in seguito all'avvento della nuova legalità costituzionale.

A voler essere precisi, una prima incrinatura nella roccia della legalità formale si era già manifestata dopo la conferenza «Fede nel diritto», tenuta nel 1940 nella sede fiorentina della Fuci. Il 27 gennaio di quell'anno, infatti, Calamandrei appunta sul suo diario: «Ma siamo poi nel vero a difendere la legalità? [...] Siamo noi i precursori dell'avvenire, o i conservatori di un passato in dissoluzione?»⁹⁹. Da quel momento, il tarlo del dubbio si insinua nella sua mente e porterà i suoi frutti, come nell'appassionata difesa della nuova legalità costituzionale in occasione del processo contro Danilo Dolci, il 30

⁹⁷ P. Calamandrei, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina* (1942), in Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 175, p. 177.

⁹⁸ G. Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, in P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 11.

⁹⁹ L'annotazione è riportata in epigrafe al volume già citato di Calamandrei, *Fede nel diritto*, cit., p. 1.

marzo del 1956: «Le leggi sono vive perché dentro queste formule bisogna far circolare il pensiero del nostro tempo [...] altrimenti, le leggi non restano che formule vuote»; e aggiunge, attribuendo alla giurisdizione un compito inedito, che verrà poi formalmente rivendicato dalla magistratura italiana nel congresso di Gardone del 1965: «La funzione dei giudici, meglio che quella di difendere una legalità decrepita, è quella di creare gradualmente la nuova legalità promessa dalla Costituzione»¹⁰⁰.

Quest'ultima, ponendo le basi per ripristinare l'antico dualismo del diritto, dà una nuova, piena, cittadinanza al dubbio del giurista; lo riconosce, lo valorizza, lo stimola, affidando a tutti gli attori giuridici il fondamentale e delicato compito di valutare la giustizia e la ragionevolezza della legge, compito che il giurista del secondo dopoguerra ha potuto assolvere, però, solo a una condizione: riportare il sapere giuridico nell'alveo delle aristoteliche scienze pratiche. Il varo della nuova Carta costituzionale, infatti, non era di per sé sufficiente a ristabilire il dualismo tra *auctoritas* e *ratio*, tra *lex* e *ius*. Fino all'istituzione del giudice delle leggi, la Costituzione continuò ad essere percepita come una *loi politique* rivolta al legislatore, perpetuando la lettura che veniva data delle costituzioni all'epoca dello stato legislativo di diritto, quando il giudice guardava alla Costituzione non direttamente, «ma sempre e solo attraverso una legge che la integra, la interpreta, la realizza»¹⁰¹.

Lo sguardo rivolto alla Costituzione cominciò a mutare solo con la pratica quotidiana del giudizio di costituzionalità delle leggi, che assumerà ben presto caratteri e dimensioni non immaginabili e non prevedibili dai padri costituenti, ancora in gran parte condizionati dalle categorie teoriche e mitologiche del paradigma giuridico moderno. Con il rifiuto, da parte della Corte costituzionale, della dottrina delle norme programmatiche e grazie al progressivo rinnovamento della cultura della magistratura italiana che, nel già ricordato congresso di Gardone, abbandona la concezione formalistica dell'interpretazione, attribuendo alla giurisdizione il compito di realizzare «l'indirizzo politico» della Costituzione, prende avvio quel processo di «trasformazione costituzionale» che ha finito per porre «la legislazione e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra ed entrambe di fronte alla Costituzione»¹⁰².

¹⁰⁰ Il passo è ricordato da Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, cit., p. 22. Sulle radici ideologiche dell'«assillo della legalità» di Calamandrei, legate alla mitizzazione illuministica e risorgimentale della legge, sulle sue prime incrinature e sulla svolta «sostanzialista» che coincide con il corso universitario del 1944 (in cui vide la luce lo scritto *Appunti sul concetto di legalità*), v. P. Grossi, *Calamandrei e l'assillo della legalità*, in *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 142 s.

¹⁰¹ M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, «Quaderni costituzionali», 2016, p. 13.

¹⁰² Ivi, p. 17.

È solo grazie a questo travagliato rinnovamento della cultura giuridica italiana che si è potuto vedere nella Costituzione repubblicana non una mera *lex superior*, che si limita ad aggiungere un gradino alla piramide delle fonti¹⁰³, ma una reincarnazione di quella dimensione del diritto che la modernità positivistica aveva cancellato, facendo ruotare tutto il diritto nell'orbita della legge. A suggellare questa nuova natura della Costituzione è poi intervenuto il performativo della Corte costituzionale che, con il consenso della dottrina, ha attribuito ai principi fondamentali della Carta lo status di «principi supremi», sottraendoli al potere dispositivo di qualsiasi *auctoritas*, nazionale e sovranazionale.

A partire dalla fine degli anni Cinquanta, dunque, mentre in ambito filosofico si assiste al fenomeno della riabilitazione della tradizione aristotelica della filosofia pratica, che consente di riscoprire una «terra rimasta per troppo tempo inesplorata dopo il trionfo del razionalismo matematizzante tra quelle occupate dalla forza invincibile della ragione e, oppostamente, dalla ragione invincibile della forza»¹⁰⁴, una parte della cultura giuridica italiana, stimolata dalla novità del giudizio di costituzionalità delle leggi, comincia nuovamente a familiarizzarsi, nella concreta esperienza giuridica e in modo in gran parte inconsapevole, con gli strumenti logici e argomentativi della ragion pratica. Come osserva Norberto Bobbio nella prefazione all'edizione italiana del *Trattato dell'argomentazione* di Perelman e Olbrechts-Tyteca, attraverso la riabilitazione della concezione premoderna di una ragione che si interroga criticamente sulle ragioni dell'agire umano e che è consapevole dei propri limiti, la cultura giuridica italiana è riuscita faticosamente a fabbricarsi «un antidoto alle tentazioni opposte del fanatismo e dello scetticismo, i quali, se pure per opposte ragioni, tendono a disconoscere il valore del ragionamento non vincolante, non accettando altra alternativa che tra la caparbia infatuazione in una verità assoluta che non ammette altre prove che quelle dimostrative e l'inerte e sfiduciata indifferenza là dove prove dimostrative non possono essere offerte». Tanto il fanatico quanto lo scettico, prosegue Bobbio, «sono vittime del miraggio della verità ultima, definitiva, non sottoponibile a revisione una volta assunta: la differenza tra l'uno e l'altro è che

¹⁰³ È questa, invece, la visione della Costituzione di Natalino Irti. V., ad esempio, N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 94: «La costituzione è una legge; anch'essa appartiene al diritto positivo, ed è fatta da uomini per altri uomini, e può tramontare e cadere nel nulla. La volontà umana come l'ha istituita così è in grado di destituirla». Sulla concezione di Irti della Costituzione, v. Vogliotti, *Fragilità della Costituzione*, cit., pp. 60 s.

¹⁰⁴ N. Bobbio, *Prefazione* (1966), in C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), tr. it. di C. Schick e M. Mayer, Torino, Einaudi, 1989, p. XIII. Sulla riabilitazione della filosofia pratica nella seconda metà del secolo scorso, cfr. F. Volpi, *La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità*, «il Mulino», 6, 1986, pp. 928-949.

il primo è convinto di esserne in possesso, il secondo è convinto che questo possesso sia un'illusione»¹⁰⁵.

6. Per un insegnamento del diritto «al congiuntivo»

Per il giurista che deve inoltrarsi in questa «terra rimasta per troppo tempo inesplorata», il modello formativo che si è affermato in seguito all'involuzione positivista della modernità giuridica, e a cui ancora oggi si ispira, nelle sue linee essenziali, l'insegnamento universitario del diritto, appare sempre più inadeguato¹⁰⁶.

In un lavoro di qualche anno fa, dedicato alla fine del «grande stile» della scienza giuridica moderna¹⁰⁷, avevo osservato che quel modello educativo si esprimeva – e ancora in gran parte si esprime – all'*indicativo*, ossia in modo assoluto e definitivo. Il suo metodo di insegnamento, frontale e passivizzante, era funzionale alla trasmissione aporetica e acritica di verità cristallizzate nelle categorie senza tempo della dogmatica e di dati normativi accuratamente ordinati in una pluralità di discipline autonome e non comunicanti.

Il materiale di studio per eccellenza, il manuale, è l'emblema di questo metodo d'insegnamento che mira più alla sistematizzazione del proprio oggetto e a veicolare certezze che a suscitare dubbi e a promuovere la riflessione critica e personale. Anche quando nel manuale si fa ricorso a casi pratici, ciò non avviene normalmente per familiarizzare lo studente con la natura dubitativa e controversiale del sapere giuridico, ma per chiarire concetti, categorie, istituti; per far luce, non per introdurre il discente nelle irriducibili opacità e ambiguità del diritto, nelle sue tante zone d'ombra, nelle sue aporie e contraddizioni; per confermare le categorie teoriche e le fattispecie normative, non per mostrare la riluttanza dei fatti a farsi incasellare negli enunciati legislativi e negli schemi della dottrina.

¹⁰⁵ Bobbio, *Prefazione* cit., p. XIX.

¹⁰⁶ In questi ultimi anni, dopo un lungo periodo di sostanziale disinteresse per il tema della formazione giuridica nei paesi di *civil law*, si deve registrare, con soddisfazione, una significativa inversione di tendenza che potrebbe porre le basi per la formazione di un nuovo modello d'insegnamento del diritto. In varie parti d'Europa si assiste, infatti, a una fioritura di convegni, di seminari, di ricerche individuali e collettive, di rapporti, di pubblicazioni scientifiche e di sperimentazioni di nuovi percorsi formativi (sia per quanto riguarda il metodo sia per i contenuti) che testimonia la crescente insoddisfazione per il modello tradizionale di educazione giuridica. Su questo risveglio dell'interesse per la questione della formazione giuridica nei paesi di *civil law* (nel mondo di *common law* – e negli Stati Uniti in particolare – l'attenzione per il tema è sempre stata grande), v. M. Vogliotti, *Une révolution aux portes dans les facultés des pays de civil law? Une utopie réaliste*, in Id. (dir.), *Pour une nouvelle éducation juridique*, Paris, L'Harmattan, 2018, pp. 11-42.

¹⁰⁷ M. Vogliotti, *La fine del «grande stile» e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in V. Barsotti (a cura di), *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, pp. 95-171.

Sul piano dei contenuti, poi, la scelta di privilegiare l'esposizione del diritto vigente dello Stato contribuisce ulteriormente a soffocare il dubbio. Abituando lo studente a confrontarsi con un solo modo di pensare e di praticare il diritto, il modello positivistico d'insegnamento promuove una visione etnocentrica del diritto, inducendo nel futuro giurista la convinzione che la propria cultura giuridica sia l'unica davvero valida per comprendere e praticare il diritto.

Il compito di osservare il diritto da altre prospettive che potrebbero seminare il dubbio è affidato a una manciata di materie "ausiliarie" (teorico-filosofiche, storiche, comparatistiche, sociologiche, economiche...), che appaiono nei programmi di studio come secondarie, e così sono prontamente percepite dagli studenti. Invece di entrare a far parte a pieno titolo del bagaglio culturale del giurista, quegli insegnamenti sono vissuti dagli studenti come delle parentesi "culturali" che hanno scarsa o nulla incidenza sulla loro rappresentazione del diritto vigente e sui mestieri che saranno chiamati a svolgere dopo gli studi.

Ben diversa deve essere, invece, la funzione educativa di queste materie, *rectius*, di questi diversi approcci al diritto, che non possono rimanere isolati dagli insegnamenti di diritto positivo. Questi ultimi non solo devono dialogare con quelli, riconoscendo così la loro utilità per lo studio del diritto vigente, ma dovrebbero sforzarsi di integrarne il più possibile le prospettive, rendendo esplicita la natura interdisciplinare del diritto. La loro funzione, in altre parole, non può essere limitata a fornire un'infarinatura culturale al sapere del giurista, come per lo più ancora avviene, sul presupposto – fondato sul vecchio dogma positivistico dell'autonomia del diritto – che il giurista, per svolgere dignitosamente il proprio lavoro, possa rimanere tranquillamente chiuso nei propri confini disciplinari.

Al contrario, un insegnamento non appiattito sui dati normativi (per giunta ancora, in gran parte, statali) consente al giurista di avere una visione più ricca e penetrante del proprio oggetto e di adempiere meglio ai propri compiti, riuscendo a percepire fenomeni e problemi che rimarrebbero nascosti senza il confronto con altri modi di concepire il diritto nello spazio e nel tempo. Questa apertura dello sguardo del giurista si rivela poi ancora più feconda, e anzi essenziale, in periodi storici di transizione, qual è il nostro, in cui un paradigma a lungo dominante entra in crisi e si apre una fase – nella quale siamo ancora immersi – di «scienza straordinaria», che, secondo il modello di Thomas Kuhn delle rivoluzioni scientifiche, darà origine a un nuovo paradigma¹⁰⁸.

Per questi tempi di transizione, in cui il mondo di ieri non è ancora del tutto tramontato e quello di domani non è ancora ben definito, occorre un mo-

¹⁰⁸ T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1970, II ed.), tr. it. di A. Carugo, Torino, Einaudi, 1999.

dello d'insegnamento che sappia esprimersi al *coniuntivo*, modo che indica il «senso delle possibilità»¹⁰⁹. Chi possiede quest'ultimo, nota Musil nell'*Uomo senza qualità* – un romanzo che tratta la realtà «come un compito e un'invenzione»¹¹⁰ e nega «ogni proposizione all'indicativo [...] a favore del congiuntivo»¹¹¹ – «non dice, ad esempio: qui è accaduto questo o quello, accadrà, deve accadere, ma immagina: qui potrebbe o dovrebbe accadere la tale o tal'altra cosa; e se gli si dichiara che una cosa è com'è, egli pensa: be', probabilmente potrebbe esser anche diversa. Cosicché il senso della possibilità si potrebbe anche definire come la capacità di pensare tutto quello che potrebbe egualmente essere, e di non dare maggiore importanza a quello che è, che a quello che non è»¹¹².

Come il romanzo di Musil, anche l'insegnamento del diritto dovrebbe trasmettere questo senso delle possibilità, l'idea che il sapere giuridico non è un sapere veritativo e descrittivo – secondo i dettami del metodo delle scienze teoretiche, adottato dal giurista moderno dell'Europa continentale – ma un sapere costruttivo, valutativo, controversiale, contestuale, ipotetico, dubitativo, in linea con il metodo delle scienze pratiche, con l'idea antica e medievale (e mai abbandonata dal giurista di *common law*) del sapere giuridico come *ars opponendi et respondendi*; un sapere che non può ambire a verità e a dimostrazione, ma deve accontentarsi di verosimiglianza e di persuasione, e che proprio per questa sua natura, epistemologicamente fragile, esige un impegno argomentativo particolarmente forte, una disponibilità al confronto dialogico, una cultura del dubbio metodico e un'acuta vigilanza nei confronti della fallibilità del giudizio, all'origine – sul terreno processuale – del metodo del contraddittorio e delle regole di esclusione probatoria.

A tal fine, il nuovo modello educativo, più che imporre lo studio mnemonico di sostanze normative sempre più volatili e duttili tra le mani dell'interprete, dovrebbe stimolare le facoltà immaginative e progettuali, lo spirito critico, la disponibilità a sondare ipotesi alternative e a imboccare sentieri obliqui e non ancora battuti, la curiosità e il desiderio di percorrere itinerari culturali anche personali, aprirsi ad altre prospettive disciplinari che illuminano diversamente i contesti che il diritto deve regolare, potenziare le competenze espressive, orali e scritte, puntare su metodi d'insegnamento più interattivi e partecipativi, promuovere la capacità di risolvere casi, tessendo relazioni argomentative tra i vari materiali giuridici, come accadeva col metodo d'insegnamento medie-

¹⁰⁹ C. Magris, *L'anello di Clarisse. Grande stile e nichilismo nella letteratura moderna* (1984), Torino, Einaudi, 2014, p. 216.

¹¹⁰ R. Musil, *L'uomo senza qualità* (1930-1943), tr. it. di A. Rho, con introduzione di C. Cases, Torino, Einaudi, 1972, p. 12.

¹¹¹ Magris, *L'anello di Clarisse*, cit., p. 216.

¹¹² Musil, *L'uomo senza qualità*, cit., p. 12.

vale della *quaestio disputata*¹¹³, filtrato negli *Inns* londinesi e all'origine delle *moot courts* del sistema educativo dei paesi di *common law*¹¹⁴.

È grazie a questa abitudine a pensare “al congiuntivo” che il futuro giurista potrà fabbricarsi gli strumenti concettuali e operativi necessari per assolvere il difficile compito di proseguire l'opera di costruzione del nuovo paradigma, avviata negli anni Sessanta del secolo scorso. Condizione preliminare e necessaria di quest'opera ricostruttiva è la disponibilità – che viene dalla pratica del dubbio che abbiamo chiamato euristico o generativo – a mettere in discussione l'intero paradigma scientifico ereditato dalla modernità positivista, senza arrestarsi di fronte alle categorie teoriche fondamentali, quelle che, nate come risposte a precise esigenze storiche e concepite secondo i riferimenti culturali dell'epoca in cui sono sorte, si sono col tempo trasformate in credenze indiscutibili, in dogmi che il giurista ha finito per sottrarre al dubbio, innalzando sul terreno della ricerca scientifica «ostacoli epistemologici»¹¹⁵ che impediscono di vedere e di comprendere le nuove realtà del diritto.

Diversamente dal dubbio del giudice che, dopo la lunga parentesi inquisitoria, è da tutti avvertito come fondamentale, ed è quindi tematizzato, il dubbio del giurista – pur essendo altrettanto fondamentale – non riceve la stessa attenzione. Lo dimostra, ad esempio, il volume già ricordato su *Le doute et le droit*, in cui è affrontato il dubbio del giudice, dell'avvocato, del poliziotto, finanche del medico, mentre nessun contributo si occupa specificamente del dubbio del giurista che si interroga criticamente sul proprio paradigma scientifico. Eppure, come si è cercato di mostrare, di questo dubbio del giurista – che investe i fondamenti del proprio sapere – il diritto e la società hanno oggi urgente bisogno.

¹¹³ La *quaestio* è «l'analisi del caso dubbio o controverso finalizzata ad ottenere una *solutio*, che, non essendo predeterminata nel *casus legis*, doveva essere ricercata *argumentis* (e che, essendo solo la risposta più verosimile e convincente al dubbio, assumeva valore di verità solo probabile, *sine praeiudicio melioris sententiae*)» Così, F. Treggiari, *L'educazione al diritto*, in F. Cerrone, G. Repetto (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 837. Su tale metodo di ricerca e d'insegnamento, oltre al fondamentale H. Kantorowicz, *The Quaestiones Disputatae of the Glossators*, «Revue d'histoire du droit», XVI, 1938, pp. 1-67, v. anche A. Errera, *La “quaestio” medievale e i glossatori bolognesi*, «Studi senesi», 108, 1996, pp. 490-530.

¹¹⁴ Il nesso tra il metodo medievale delle *quaestiones* e le *moot courts* inglesi è messo in luce nell'incipit del già citato saggio di Kantorowicz, *The Quaestiones Disputatae of the Glossators*, cit., p. 1.

¹¹⁵ Sulla nozione di «ostacolo epistemologico», v. G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique* (1938), Paris, Vrin, 1980, pp. 13 s.